

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 58 - Abril/Junho de 2021

Direito Administrativo



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

Regime jurídico dos agentes públicos

Wallace Paiva Martins Junior¹
Procurador de Justiça

Sumário: 1. Introdução. 2. Agentes públicos: conceito e espécies. 3. Regime jurídico dos agentes públicos: conceito e espécies. 3.1. Regime jurídico único. 3.2. Irretroatividade do regime jurídico. 3.3. A escolha do regime. 4. Regime jurídico constitucional e normas de reprodução obrigatória. 5. Regime jurídico: reserva de lei, competência normativa e iniciativa legislativa. 6. Regime jurídico dos servidores comissionados e temporários. 7. Elementos essenciais do regime jurídico. 7.1. Direitos. 7.2. Deveres. 7.3. Responsabilidade. 8. Remuneração. 9. Conclusões. Referências.

Resumo: O regime jurídico dos agentes públicos, de *status* constitucional e infraconstitucional, abrange a disciplina das relações entre Estado e pessoas físicas ocupantes, a qualquer título, de posições na Administração Pública, não podendo se reduzir ao regime jurídico dos servidores públicos, espécie de agentes públicos ao lado dos agentes políticos, dos servidores públicos, dos militares e dos agentes honoríficos. Define-se regime jurídico como o conjunto de normas que regulam essa relação jurídica, estabelecendo, entre outros, direitos, deveres, responsabilidades e aposentadoria. A Constituição fornece a concepção de um regime geral como mínimo denominador comum a todas as espécies de agentes públicos e de regimes especiais para cada uma delas. A escolha do regime jurídico é um desafio: não pode se dirigir a situações pretéritas sob pena de resultados inconstitucionais; deve destinar identidade de tratamento a postos iguais, evitando a multiplicidade de regimes, havendo reserva de regime legal a certos postos em razão de sua natureza, de seus requisitos ou de suas garantias, e abertura ao regime trabalhista para postos que não requeiram regime jurídico público ou localizados em empresas estatais. A remuneração, como integrante desse regime, não pode desprezar as normas constitucionais, inclusive os princípios jurídicos de direito público.

Palavras-chave: Regime Jurídico. Agentes Públicos. Servidores Públicos. Administração Pública.

Abstract: The legal regime for public agents, which has constitutional and infraconstitutional *status*, covers the discipline of relations between the government and individuals occupying, in any capacity, positions in Public Administration, and cannot be reduced to the legal regime of public servants, a certain type of public agents alongside political agents, civil servants, the military and honorary agents. Legal regime is defined as the set of rules that regulate this legal relationship, establishing rights, duties, responsibilities and retirement, among others. The Constitution provides the concept of a general regime

¹ Bacharel em Direito (USP), Mestre e Doutor em Direito do Estado (USP), Procurador de Justiça (MPSP), Professor de Direito Administrativo (graduação – UNISANTOS) e Direito Ambiental (pós-graduação *stricto sensu* – UNISANTOS).

as a minimum common denominator for all kinds of public agents, and special regimes for each one. Opting for a legal regime is a challenge: it cannot address past situations under penalty of unconstitutional results; must assign treatment identities to equal positions, avoiding the multiplicity of regimes, with the legal regime being reserved for certain posts due to their nature, requirements or guarantees, and openness to the labor regime for posts that do not require a public legal regime or located in state-owned companies. Remuneration, as part of this regime, must not disregard constitutional norms, including legal principles of public law.

Keywords: Legal Regime. Public Agents. Public Servants. Public Administration.

1. Introdução

Ao longo da história, o exercício de atividades do Estado pelos seres humanos foi objeto de sensível evolução transitando por sistemas (consanguinidade, patrimonialidade, gratuidade, venalidade, hereditariedade, comissão, burocracia e mérito) que, em grau mais ou menos variável, coexistiram a partir da construção de figuras organizadas de Estado como reflexo do modo de sua estruturação governamental baseada em suas coevas influências sociais, econômicas, políticas, históricas, culturais determinantes. Nesse curso, também variadas formas de vinculação dessas pessoas ao Estado foram adotadas, transformadas ou extintas, considerando os marcos normativos correlatos.

Por um lado, a abordagem da posição dessas pessoas deve adotar definição com maiores graus de amplitude e elasticidade para compreensão do conceito desses sujeitos que desempenham alguma função estatal e do regime dessa relação que os liga ao Estado. Por outro, a análise da noção e da classificação de agentes públicos e do regime de sua vinculação depende da captura de determinado momento histórico e de um espaço definido de incidência.

Os padrões ou modelos normativos não são fixos, rígidos ou estáticos, por mais extensa que seja a durabilidade ou intensa sua permanência; são dinâmicos, flexíveis e mutáveis de acordo com as próprias vicissitudes (sociais, econômicas, políticas, históricas, culturais) contribuintes. Normas jurídicas não são geradas por capricho, diletantismo, cópia; são criadas pela influência de valores ideologicamente predominantes. Daí porque circunscrito este estudo ao quadro normativo brasileiro vigente.

A base deste estudo é, como timbrado, o ambiente normativo brasileiro positivo. Como esse marco tem ampla extensão à vista da adoção do sistema federativo (que se arquiteta pela pluralidade de instâncias político-governamentais na integralidade territorial em relação concomitante de fracionamento e unidade), opta-se por uma análise do mínimo denominador comum que parametriza a relação jurídica entre os agentes públicos e o Estado, mensurando sua irradiação nessas órbitas de divisão espacial. Por isso, toma-se como objeto de pesquisa a Constituição brasileira de 1988, que concentra normas gerais dessa relação e que são determinantes para toda e qualquer compreensão, reflexão e crítica do tema proposto.

O proêmio do estudo consiste na exposição do conceito de agentes públicos e suas espécies, considerando o caráter genérico do termo, para então prosseguir na captação da definição de regime jurídico e de suas espécies e, em etapa seguinte, avaliar sua moldagem

constitucional e, ao fim, pesquisar seus elementos, suas características peculiaridades e consequências, à luz de uma visão crítica e dinâmica pelo recurso aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

2. Agentes públicos: conceito e espécies

Agentes públicos são pessoas físicas que desempenham atividades normativamente estabelecidas em entidades estatais da Administração Pública centralizada ou descentralizada, de qualquer âmbito, esfera, poder ou nível, investidos em funções públicas *lato sensu*, de modo transitório ou permanente e de forma remunerada ou gratuita, sob determinado regime de vínculo. Este conceito amplo abrange todos que, sem distinção, exercem função pública em gênero, inclusive aqueles investidos em cargos, funções (*stricto sensu*) e empregos públicos².

Há uma definição no nível normativo infraconstitucional constante do art. 2º da Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), enunciando que “reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades da Administração centralizada ou descentralizada federal, estadual, distrital, municipal de qualquer Poder (inclusive, empresas estatais), referidas em seu art. 1º.

É certo que este conceito se presta a uma finalidade específica: a repressão de atos de improbidade administrativa³, mas seu conteúdo amplo e genérico tem caráter científico para cunhagem de uma definição de agente público e é consequência de uma evolução normativa que teve marcos significativos transitando pelos conceitos de funcionário público para responsabilização penal (art. 327, Código Penal), de servidor público para perda de bens ou valores por enriquecimento ilícito, influência ou abuso de cargo ou função (Lei nº 3.502/58), e de autoridade para fins de impetração de mandado de segurança (art. 1º, § 1º, Lei nº 1.533/51)⁴ ou de responsabilização por abuso de autoridade (art. 5º, Lei nº 4.898/65) – conquanto autoridade não se equipare a agente ou servidor,

² As observações lançadas são o resultado da extração de livro de minha autoria (*Remuneração dos agentes públicos*, São Paulo: Saraiva, 2009) e do capítulo denominado “Agentes políticos”, também de minha lavra, contido em livro coordenado por Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins (*Tratado de direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2).

³ Daí porque tem amplificação para uma noção de agente público por equiparação (ou ficção), como se verifica do parágrafo único de seu art. 1º.

⁴ Conveniente o registro da oscilação da noção de autoridade na antiga legislação de mandado de segurança: o § 1º do art. 1º na redação primitiva da Lei nº 1.533/51 cunhava que “consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções”; a Lei nº 6.978/82 a majorou estabelecendo que “consideram-se autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos dos Partidários Políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções”; por último, a Lei n. 9.259/96 contraiu-a ao enunciar que “consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções”. Na vigente Lei nº 12.016/2009, o conceito de autoridade tem abrangência denotada pelo emprego da fórmula “seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (art. 1º, *caput*), tonificado pela equiparação dos “representantes ou órgãos de partidos políticos” e dos “administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições” (art. 1º, § 1º), e uma exclusão objetiva-formal relacionada aos “atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público” (art. 1º, § 2º).

pois, autoridade é, segundo preciso conceito do art. 1º, § 1º, III, da Lei nº 9.784/99, “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”. Nem todo agente ou servidor público é autoridade, senão aquele portador de capacidade decisória⁵.

A vigente Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019), persegue a trilha da Lei da Improbidade Administrativa ao adotar o conceito de agente público, preceituando que “reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade” da Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território (art. 2º, parágrafo único). Ela é expletiva ao gizar que a situação jurídica de agente público é mais dilatada que a de servidor público com as fórmulas “agente público, servidor ou não” (art. 1º, *caput*) e “qualquer agente público, servidor ou não” (art. 2º).

A Constituição de 1988 não conceitua agentes públicos, não obstante às vezes se refira ao termo (arts. 37, §§ 5º e 6º, e 151, II) ou empregue vocábulos como autoridades ou servidores públicos (arts. 5º, LXIX, 37, V, VI X, XIV, e § 1º, 38, 39, 135, 144, § 9º, 169, §§ 3º a 5º, 247), e mencione outras expressões como agente político, membro de Poder, ocupantes de cargos, funções ou empregos públicos, detentores de mandato eletivo etc. Tampouco os classifica, embora sua leitura sistêmica forneça elementos para tanto, quando precisa distinções normativas topológicas e atomizadas.

Destarte, são elementos do conceito de agente público: (a) a pessoalidade; (b) a execução de atividades de competência estatal; (c) a investidura em funções públicas *lato sensu*; (d) o regime de vínculo. Não ingressam nessa definição a natureza profissional ou eventual da relação entre Estado e a pessoa física, a espécie (ou tipo) de vínculo e seus corolários, nem mesmo a maior ou menor intensidade de subordinação de seu regime. O conceito é propositalmente amplificado e inclusivo para abarcar todas as pessoas que prestam algum serviço ao Estado e em seu nome.

Sob os prismas subjetivo e material do conceito: (a) se excluem pessoas jurídicas de direito privado exógenas à Administração Pública e executoras de serviço público a título de delegação (concessão ou permissão) em nome próprio, mesmo porque não são pessoas físicas (e que correspondem ao que se denominava agentes públicos delegados ou particulares em colaboração com o poder público) e não se investem em função pública (no sentido de posição ou posto); e (b) se incluem pessoas físicas vinculadas (profissionalmente ou não) a empresas estatais (pessoas jurídicas de direito privado) exploradoras de atividades econômicas (ou entes estatais econômicos) porque, como empregados públicos (consoante demonstrado adiante), exercem em nome desses instrumentos de ação do Estado atividades que lhe são atribuídas.

Sob o prisma objetivo há uma relação de ocupação física numa posição pública. Agentes públicos são investidos em funções públicas, compreendida sua acepção ampla, porque abrange cargos, funções e empregos públicos, plexos individualizados de atuação

⁵ A qualificação de um agente público como autoridade decorre da natureza das atribuições do cargo (e não da pessoa que o ocupa) de nível diretivo e decisório, o que o distingue daquele cuja função seja limitada ao cumprimento de ordens na organização hierarquizada. Ou, como expõe Cármen Lúcia Antunes Rocha, “não é o agente público que é autoridade, mas ele age com autoridade, tornando-se ele mesmo titular dessa qualidade havida em seu desempenho”, de maneira que a autoridade reside na “na própria atribuição como manifestação do poder político do Estado que se põe e impõe com aquela qualidade” (*Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 75-76), ligando, portanto, autoridade à competência qualificada.

legalmente atribuídos. A tipologia de funções públicas é assaz variegada (e nem sempre a legislação assimila os contornos peculiares assentados em doutrina ou jurisprudência), englobando funções eventuais (cívicas ou honoríficas; temporárias) ou permanentes (funções de confiança; funções estáveis) em sentido estrito. Também é diversificada a natureza dessa relação em razão de diferentes formas de acesso e ocupação adotadas de acordo com as especificações constitucionais (nomeação, designação, contratação, requisição, eleição etc.) que influenciam temas que se conectam ao seu regime como a permanência do agente, a profissionalidade da função, a gratuidade do exercício.

Sob o prisma formal há o regramento jurídico do vínculo que une pessoa física e Estado numa relação de sujeição especial ou geral. É a disciplina jurídica que guia, preside e baliza esse relacionamento pela instituição de regras respectivas, inclusive para a estruturação de seus componentes particulares como onerosidade, definitividade, profissionalidade ou não. Não é adequado sumular que somente os agentes públicos profissionais e remunerados estão sujeitos a algum regime jurídico. Todos aqueles que executam uma missão de serviço público estão em maior ou menor dose subordinados a um complexo denso ou tênue de regras relacionais, pouco importando *a priori* a natureza e a característica dessa ligação, pois a variação de grau não desmente a existência de um regime normativo. E considerando, ainda, a pluralidade de funções (em sentido amplo) de natureza distinta, é de bom grado adiantar que há diversidade de regimes jurídicos e mesmo no regime mais difusa ou tradicionalmente adotado a coexistência de regime geral e de regimes especiais. Em suma, há um regime jurídico geral a todos os agentes públicos e diversidade de regimes jurídicos especiais.

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, é possível captar as seguintes espécies de agentes públicos que fornecem indicadores para uma classificação. Sopesando a natureza da função, eles podem ser arrolados como (a) agentes políticos eletivos, comissionados (em alto grau) e vitalícios; (b) servidores públicos (em sentido amplo), compreendendo servidores públicos (em sentido estrito⁶), servidores temporários e empregados públicos; (c) militares; e (d) agentes civis especiais (ou honoríficos).

De acordo com a esfera espacial de poder, podem ser classificados em agentes (a) federais, (b) estaduais, (c) distritais e (d) municipais, o que implica diferentes zonas de atuação (central, regional e local; integral ou parcial) de acordo com as competências de seus entes, órgãos e postos.

Também podem ser catalogados em: (a) profissionais ou (b) não profissionais, à luz das características da função; (c) permanentes ou (d) sazonais, à vista da temporariedade do vínculo; (e) transitórios, (f) precários, (g) efetivos ou (h) vitalícios, sob o prisma da durabilidade da ocupação.

Agentes civis especiais ou honoríficos⁷ são as pessoas que exercem função pública determinada e transitória em colaboração ou representação, mediante convocação, requisição etc., em razão de seu *status* cívico, de seu mérito e de sua capacidade pessoal, ou de sua honorabilidade, sem vínculo empregatício nem integração à organização administrativa

⁶ Neste setor incluem-se, além dos titulares de cargo público de provimento efetivo e dos ocupantes de cargos de provimento em comissão, os detentores de função pública estável, fruto da estabilidade anômala ou excepcional disciplinada no art. 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 e que preservou o vínculo de função (em sentido estrito) àqueles não admitidos por concurso público no tempo e na extensão indicados nessa norma.

⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 61-88; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73-80.

(dada a contingência e efemeridade da investidura na função) e, na maioria das vezes, gratuitamente. Embora não sejam servidores públicos “momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um pró-labore e contar o período de trabalho como de serviço público”⁸.

Agentes políticos em visão mais ampla são os que reúnem as seguintes características: (a) exercício remunerado de cargos superiores na estrutura estatal constitucional; (b) inexistência de subordinação hierárquica; (c) sujeição a regime jurídico especial constitucional (investidura, atribuições, prerrogativas, restrições, responsabilidades); (d) atuação com ampla liberdade funcional no desempenho de funções estatais típicas e subordinadas (diretamente) à Constituição. Eles são investidos por eleição, designação, nomeação, em cargos de provimento eletivo, efetivo, vitalício ou comissionado, englobando os Chefes do Poder Executivo e seus auxiliares diretos (Ministros, Secretários), os membros do Poder Legislativo, os magistrados, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas, e os representantes diplomáticos, por exercerem funções governamentais. Ou seja, a noção de agente político no direito brasileiro positivo demanda conjuntamente (a) a natureza política da função permanente e essencial como expressão de parcelas da soberania estatal; (b) a independência funcional; (c) a peculiaridade de regime jurídico (notadamente a especialidade do plexo de predicamentos e restrições, e da responsabilidade); e (d) sua sede jurídico-formal (a Constituição). Há, no quadro dos agentes políticos, os profissionais (vitalícios e efetivos) e os não profissionais (eletivos ou comissionados): estes desempenham, em mandato, comissão ou investidura a termo, funções governamentais em nível decisório; aqueles exercem relação profissional em funções técnico-científicas de matriz constitucional, como titulares de cargos públicos de provimento vitalício – todos presididos por um regime jurídico legal peculiar. Seus regimes jurídicos são específicos. Em essência, são unilaterais e legais (ou constitucionais), mas plantam uma série de derrogações ao regime jurídico legal (estatutário) geral (comum) dos servidores públicos – instituídas em virtude das características próprias dessas funções.

Por sua vez, os servidores públicos podem ter concepção ampla ou restrita. O gênero servidor público (em sentido amplo) designa o sujeito ligado por uma relação empregatícia profissional, de vínculo legal, contratual ou especial, a uma pessoa jurídica (de direito público ou privado) da Administração Pública direta ou indireta para o exercício de uma função pública *lato sensu* (cargo, função ou emprego público), definitiva ou temporariamente, mediante remuneração e subordinação hierárquica. Emergem como suas espécies: (a) os servidores públicos *stricto sensu* (investidos em cargos públicos); (b) os empregados públicos (ocupantes de empregos públicos); (c) os servidores temporários (exercentes de funções públicas) – os primeiros investidos em cargos públicos e sujeitos ao regime jurídico legal (estatutário comum); os segundos ocupam empregos públicos, submissos ao regime jurídico contratual (celetista); e os terceiros exercem função pública transitória e excepcional, sob o domínio de um regime jurídico administrativo-especial. O que denota os servidores públicos *lato sensu* é sua ligação ao Estado por uma relação de emprego de cunho profissional. Como sintetiza José dos Santos Carvalho Filho, “fazem do serviço público uma profissão, como regra de caráter definitivo, e se distinguem dos demais agentes públicos pelo fato de estarem ligados ao Estado por uma efetiva relação

⁸ STJ, REsp 656.740-GO, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 03-05-2007, v.u., DJ 31-05-2007, p. 328.

de trabalho”⁹. Por isso, segundo seu escólio, são características dessa categoria de agentes públicos: (a) profissionalidade (exercício de efetiva profissão no desempenho da função pública); (b) definitividade (permanência no desempenho da função); (c) a relação jurídica de trabalho (relação bilateral de emprego em sentido amplo)¹⁰. A esses predicados, adiciono: (a) submissão a um determinado regime jurídico (para disciplina dessa relação); (b) remuneração (contraprestação pecuniária dos serviços); (c) subordinação hierárquica; (d) investidura em função pública *lato sensu*¹¹.

Entenda-se para fim deste ensaio função pública em sentido amplo como a posição ou posto na organização administrativa, compreendendo as espécies do cargo, da função (em sentido estrito) e do emprego, instituídas por diversas determinantes variáveis (regime, natureza etc.). Função é a atividade devida a um fim¹², constituindo a função pública o exercício de uma atividade em uma posição por um agente em órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta, e em nome desta, para a realização de fins de sua competência – o interesse público. Por isso, quando se alude no conceito à função pública, insito está que ela tem por fim a prestação de uma atividade estatal, definida segundo regras de atribuição entre agentes de escalões diversos com maior ou menor gama de poderes, para satisfação do interesse público indicado em lei, bem como que o agente público produz ou manifesta a vontade do órgão ou da entidade ao qual se encontra vinculado, porque por esta razão lhe foi outorgada competência. A função pública em sentido estrito é composta (a) da função temporária (contratação por prazo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público); (b) da função estabilizada (servidores públicos admitidos sem concurso público até o quinquênio anterior à promulgação da Constituição com exercício continuado); e (c) da função de confiança (atribuição de assessoramento, chefia e direção, exclusiva de servidores de provimento efetivo) – e que não se confunde com função gratificada, que é uma gratificação de função.

3. Regime jurídico dos agentes públicos: conceito e espécies

Regime jurídico é a disciplina normativa ou o complexo de normas que regula determinada e específica matéria. E, a rigor, ao se tratar do regime jurídico dos servidores públicos, como já exposto antes, impõe-se abordar o regime jurídico dos agentes públicos como continente do qual o dos servidores públicos é um de seus conteúdos: há um regime jurídico geral a todos os agentes públicos e, considerando a pluralidade de funções (*lato sensu*) de natureza distinta, uma ordem de diversidade de regimes jurídicos.

Regime jurídico dos servidores públicos é o conjunto de direitos, deveres e responsabilidades que regula as relações de vínculo de subordinação funcional-empregatício entre o poder público e seus agentes, derogando ou não o direito comum. É o núcleo normativo

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 468, 470.

¹⁰ *Ibidem*, p. 470-471.

¹¹ Ruy Cirne Lima resumia os quatro característicos da função pública profissional (inerente à categoria dos funcionários públicos): (a) natureza técnica ou prática do serviço prestado; (b) retribuição de cunho profissional; (c) vinculação jurídica à União, aos estados, ao Distrito Federal ou aos municípios; (d) caráter permanente dessa vinculação, segundo uma disciplina legal específica (*Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 162). Pontes de Miranda também visualizava no funcionário público o “exercício da função a título de profissão” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomo VI, p. 271).

¹² Ou como explica José Cretella Junior, função “é toda atividade exercida por um órgão para realização de um determinado fim” (*Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 410, nº 261).

da relação funcional contendo a disciplina da acessibilidade aos cargos e funções e sua forma de provimento e requisito, assim como suspensão e extinção, o modo e a forma de seu exercício, direitos e deveres, movimentação funcional (promoção, remoção etc.), prerrogativas, restrições, incompatibilidades, sistema remuneratório, responsabilidade etc.

Para o Supremo Tribunal Federal, “a locução constitucional ‘regime jurídico dos servidores públicos’ corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes”¹³; e seu conteúdo,

em virtude da extensão de sua abrangência conceitual, compreende [...], todas as regras pertinentes (a) às formas de provimento, (b) às formas de nomeação, (c) à realização do concurso, (d) à posse, (e) ao exercício, inclusive as hipóteses de afastamento, de dispensa de ponto e de contagem de tempo de serviço, (f) às hipóteses de vacância, (g) à promoção e respectivos critérios, bem como avaliação do mérito e classificação final (cursos, títulos, interstícios mínimos), (h) aos direitos e às vantagens de ordem pecuniária, (i) às reposições salariais e aos vencimentos, (j) ao horário de trabalho e ao ponto, inclusive os regimes especiais de trabalho, (k) aos adicionais por tempo de serviço, gratificações, diárias, ajudas de custo e acumulações remuneradas, (l) às férias, licenças em geral, estabilidade, disponibilidade, aposentadoria, (m) aos deveres e proibições, (n) às penalidades e sua aplicação e (o) ao processo administrativo¹⁴.

Na atualidade, há normas constitucionais que compõem o regime jurídico comum dos agentes públicos, basicamente concretadas no art. 37 da Constituição de 1988, a *latere* (a) do regime jurídico legal (estatutário) geral (servidores públicos em sentido estrito) ou especial (militares, vitalícios, eletivos); (b) do regime trabalhista ou celetista (empregados públicos); e (c) do regime administrativo-especial (servidores temporários)¹⁵, e que, em razão de conjunturas políticas, sociais e econômicas, se estabelecem a partir de um mínimo denominador comum e (no caso brasileiro) de uma teia complexa reflexiva da composição de movimentos nos sentidos de apropriação, derrogação, percolação ou interpenetração total ou parcial do direito ordinário (civil ou trabalhista) ao ensejo também a circunstâncias históricas de tempo e lugar de cada ambiente jurídico.

Enquanto a Seção I (Disposições Gerais) do citado Capítulo VII da Constituição Federal de 1988 contém disciplina para os servidores públicos *lato sensu* nos arts. 37 e 38 – como a exigência de concurso público para provimento originário de cargos e empregos públicos (art. 37, II), a sujeição ao teto remuneratório dos empregados públicos das empresas estatais e suas subsidiárias que recebem recursos da Administração direta para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (art. 37, § 9º) –, o regramento dos arts. 39 a 41 é destinado aos servidores públicos *stricto sensu*, salvo uma ou outra disposição tendente a se ligar às prescrições gerais do art. 37, como a extensão da proibição de acumulação de vencimentos e proventos inclusive de empregos públicos (art. 40, § 11),

¹³ RTJ 157/460.

¹⁴ STF, ADI 4.827-AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 27-09-2019, v.u., DJe 15-10-2019.

¹⁵ No âmbito federal, a Lei nº 8.112/90 trata do regime estatutário; a Lei nº 9.962/00, do celetista; e a Lei nº 8.745/93, do temporário.

ou para explicitar, ainda que *a contrario sensu*, que suas normas são restritas aos servidores públicos, como a submissão dos servidores de cargos em comissão, dos temporários ou dos empregados públicos ao regime geral da previdência (art. 40, § 13).

3.1. Regime jurídico único

A projeção constitucional da unicidade de regime jurídico (regime jurídico único) foi, na prática, de difícil compreensão de sua natureza, extensão e alcance por governos e parlamentos¹⁶. O balanço das operações normativas de aplicação da diretiva de regime jurídico único demonstrou a existência de soluções carentes de coerência sistemática com a Constituição¹⁷. Uma delas consistiu na transformação de empregos em cargos públicos e consequente migração do regime celetista para o estatutário e vice-versa, porque: (a) na primeira hipótese, houve investidura em cargo público de provimento efetivo à míngua de aprovação em concurso público e atribuição de estabilidade; (b) na segunda, do mesmo vício em situação jurídica inversa com perda da estabilidade¹⁸ e geração de ônus financeiro de natureza trabalhista e previdenciária ao Estado sem fonte orçamentária de cobertura ou agravando-a se existente. Também alhures se optou pela composição, num mesmo diploma legal (geralmente estatutário), de servidores públicos de regimes diversos (extranumerário, celetista, interino), espargindo prerrogativas inerentes ao regime estatutário (cargo, estabilidade etc.).

Outras soluções foram apontadas como a distinção entre atividades-meio e atividades-fim e a projeção *pro futuro* do regime jurídico único (estatutário ou celetista¹⁹) em maior ou menor extensão (toda a estrutura de um nível federado, de uma entidade pública ou de alguns de seus órgãos ou, ainda, de alguns de seus cargos ou carreiras²⁰), preservando situações pretéritas, se bem que deve atentar a peculiaridades especiais de alguns postos (cargos) cujo regime estatutário é essencial e explicitamente adotado

¹⁶ Para agravar, norma que o abolia introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98 é alvo de controvérsia na jurisdição constitucional, com eficácia suspensa por decisão liminar (com efeito *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa), por conta de vício formal de inconstitucionalidade em seu processo legislativo (RTJ 204/1029), comentando Carlos Henrique Maciel que de um regime jurídico único se transitou a um regime jurídico plural (estatutário, celetista ou misto) e houve regresso ao primeiro estágio (MACIEL, Carlos Henrique. *Curso objetivo de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205).

¹⁷ Baseado em livro de minha autoria (*Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009).

¹⁸ A atração da perda da garantia da estabilidade é verdadeira quimera: embora dispensado na demissão o processo administrativo, exige-se a motivação, como em qualquer ato administrativo, principalmente os restritivos de direitos.

¹⁹ José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 578-579) e Adilson Abreu Dallari (*Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 45-50) apontam o estatutário como regime jurídico único.

²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello dissertou que as pessoas jurídicas de direito público de um mesmo nível de governo (federal, estadual, distrital ou municipal) “não poderão ter diversidade de regimes entre si”, sendo possível que “as atividades básicas estejam sujeitas ao regime de cargo, isto é, estatutário, enquanto algumas remanescentes, de menor importância, sejam exercidas sob regime de emprego, ou seja, trabalhista, *contanto que idêntico esquema valha para todas*. O que não é possível, sem contrariar o art. 39, é que adotem soluções diferentes entre si, de tal maneira que uma coloque certas atividades sob regime de cargo, ao passo que outras, as mesmas atividades estejam sob regime de emprego. Deverá haver um ‘regime jurídico único’ para as três”, e sem que isso signifique unificação de quadros e carreiras. Por isso, conclui pela identidade de regime entre a Administração direta, autárquica e fundacional, tendo como ponto essencial o cargo como regra e o emprego como exceção (para atividades de modesto relevo), pois “seria absurdo e afrontoso à isonomia que atribuições idênticas fossem submissas a disciplinas diversas”, de tal sorte que “a coexistência de regimes, quando possível, será entre atividades de natureza diferente, nunca para as mesmas atividades” no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional (*Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 104-105 e 112).

na Constituição, havidas como carreiras típicas de Estado *a posteriori* pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

A intenção da norma original da cabeça do art. 39 da Constituição de 1988 – a adoção de regime jurídico único – tinha como escopo o sepultamento da multiplicidade de regimes jurídicos de pessoal na Administração Pública (estatutário, celetista, interino, temporário, extranumerário, especial etc.) quase sempre instituídos para a dispensa de algum privilégio odioso ou para legitimação de admissão de pessoal sem observância da (salutar) regra do concurso público ou extensão da estabilidade. Uma das opiniões assinala “a preocupação de assegurar a igualdade de direitos e obrigações em diferentes aspectos da relação funcional”²¹. Daí porque se afigura correto dizer que o regime jurídico único impede nas pessoas jurídicas de direito público de um mesmo nível de governo a diversidade de regimes jurídicos de seus servidores entre si para idênticas funções, ou seja, impõe uma disciplina de pessoal uniforme na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello²².

3.2. Irretroatividade do regime jurídico

Em atenção à rigidez das normas constitucionais de acesso a cargos, funções e empregos públicos, não há como refutar a eficácia prospectiva do regime jurídico unificado – o que vale também para a adoção de determinado regime jurídico. Sua exigência se liga à ideia de unidade de disciplina legal da relação funcional (portanto, do regime jurídico) entre o agente e o Estado com projeção *ex nunc*, ou seja, lei nova regulando situações novas, acabando com a pluralidade de regimes.

Se a adoção do regime recair sobre o celetista ou o estatutário, a opção exercida em lei de cada entidade federativa só valerá ao futuro (isto é, excluindo os servidores admitidos anteriormente do regime adotado posteriormente), porque sua previsão não significa, em absoluto, que, desde então, todos os regimes existentes estariam unificados no regime estatutário ou celetista, alcançando o passado, como posto em acento em decisão magistral²³.

O regime jurídico único se projeta ao futuro para as novas relações funcionais. O pretérito será conservado em via de extinção, preservando-os os regimes existentes, cada qual com sua natureza. Nunca convolar um regime antigo no novo. É o que admoesta Adilson Abreu Dallari: “haverá, porém, servidores na administração direta e autárquica sob regime trabalhista, tanto como remanescentes de contratações feitas antes da promulgação da nova Constituição, quanto como contratados para execução de serviços temporários”²⁴.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 686-687.

²² Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 104, 110.

²³ “Não parece possível que, mediante simples opção, possa o empregado público sob regime contratual trabalhista passar a condição jurídico-administrativa de servidor estatutário, sem que se desatenda, com esse procedimento, a imposição constitucional do concurso público. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com o texto da Lei Fundamental, as normas legais que, independentemente de concurso público, possibilitam o aproveitamento, nos quadros funcionais de entidade federada diversa (como o Distrito Federal), de servidor que ocupa cargo em outra pessoa política (União, estados-membro e municípios). Precedentes” (STF, ADI-MC 980-DF, Tribunal Pleno, Rel. Celso de Mello, 03-02-1994, v.u., DJ 13-05-1994, p. 11.337).

²⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 46.

3.3. A escolha do regime

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cada esfera federativa “ficou com liberdade para adotar regimes jurídicos diversificados, seja o estatutário, seja o contratual”, com a ressalva das

carreiras institucionalizadas em que a própria Constituição impõe, implicitamente, o regime estatutário, uma vez que exige que seus integrantes ocupem cargos organizados em carreira (Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Polícia), além de outros cargos efetivos, cujos ocupantes exerçam atribuições que o legislador venha a definir como “atividades exclusivas de Estado”, conforme previsto no artigo 247 da Constituição, acrescido pelo artigo 32 da Emenda Constitucional nº 19/98²⁵.

José dos Santos Carvalho Filho identifica três posições a respeito da escolha do regime jurídico único: (a) a obrigatoriedade de adoção exclusiva do regime estatutário; (b) a opção, por cada ente federado, pelo regime estatutário ou trabalhista, idêntico para a Administração centralizada, autárquica e fundacional; e (c) a opção por um regime único para a Administração direta e outro para autarquias e fundações públicas²⁶.

A opção legislativa de cada ente federativo para a escolha de seu regime jurídico é matéria que rendeu, da parte de Celso Antonio Bandeira de Mello, áspera crítica ao regime celetista e adesão ao estatutário por força da impessoalidade, da finalidade e da moralidade, da estabilidade e suas consequências e da própria extensão de alguns – não todos – direitos sociais aos servidores públicos, salvo para atividades materiais subalternas em caráter marginal²⁷. Posição intermediária aponta a unidade de escolha de regime jurídico (estatutário ou celetista) e a impossibilidade de coexistência. Adilson Abreu Dallari explica que a Administração Pública direta, autárquica e fundacional não pode adotar outro senão o regime estatutário próprio para seu pessoal permanente, arrolando, em suma, vários motivos: necessidade de garantias à autonomia funcional e ao exercício da autoridade, inadequação do regime celetista em função de vocação tutelar do trabalhador etc.²⁸.

Esta questão é assaz interessante. Registrada a diversidade de opiniões doutrinárias e de soluções normativas, não é possível obliterar que, no âmbito federal, por exemplo, houve a adoção paralela dos regimes estatutários e celetista na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, mecanizado pela Lei nº 9.962/00 (art. 1º). Tampouco é admissível obnubilizar que a Constituição indica, explícita ou implicitamente, a compulsoriedade de um regime estatutário quando se refere, notadamente, a certos requisitos ou garantias elementares à natureza da função desempenhada (liberdade de provimento e exoneração; vitaliciedade; estabilidade), e que não se reduzem a indicações nominais como as do arts. 37, II e V, 95, I, 128, § 5º, I, a, 132, parágrafo único, 134, § 1º, e 247.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 686-687.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 651.

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. Cit., p. 105-109.

²⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Op. Cit., p. 46-49.

Em prol do regime estatutário militam variegadas razões: atribuição de presunção de legitimidade aos atos administrativos praticados pelo servidor público; proteção do interesse público; unilateralidade do regime permissiva da eficiência e da alterabilidade de sua execução (mutabilidade do regime) sem oposição de direito adquirido; imparcialidade; natureza estatal da atividade como reflexo de parcela da soberania com atributos peculiares para o exercício do poder extroverso e da autoexecutoriedade. O resgate histórico demonstra que a penetração do regime celetista (e o de outros regimes) na função pública foi engendrada para burla à regra do concurso público, situação interdita pela Constituição de 1988 com sua previsão para investidura também em empregos públicos (art. 37, II) inclusive nas empresas estatais, independentemente de seu objetivo institucional (exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público)²⁹. Não se percebe vantagem alguma na adoção expansiva e geral do regime celetista na Administração Pública direta e nas autarquias e fundações públicas. A maior flexibilização do vínculo visando à sua ruptura longe da estabilidade (e suas decorrências) que o regime trabalhista proporciona cede em face do custo econômico-financeiro da despedida sem justa causa, sem olvidar que, não obstante, exige-se motivação – princípio basilar da atividade administrativa³⁰. É claro que a regra comporta exceções como as atividades subalternas, atividades-meio ou nas quais seja prescindível o regime jurídico público.

Há outro aspecto a considerar. A natureza do regime celetista é contratual e bilateral, resultante da autonomia da vontade, princípio antagônico ao da legalidade que preside as relações jurídico-administrativas. Qualquer alteração requisita a simetria das formas. No campo estipendial, os empregados públicos das empresas estatais percebem salários livremente negociados (embora deva haver plano de salários para atender à impessoalidade) ou deliberados na instância judicial especializada, podendo criar sérios embaraços ao limite de despesas de pessoal. Na questão relativa ao teto remuneratório, a Constituição apanha empregos públicos da Administração direta, autarquias e fundações públicas (art. 37, XI) e das empresas estatais dependentes (art. 37, § 9º). E, ao prescrever a reserva de lei, refere-se aos servidores públicos em sentido amplo (art. 37, X), deve ser feita uma ressalva (sistematicamente concebida) excluindo os empregados públicos das empresas estatais à vista da natureza bilateral do regime trabalhista (art. 173, § 1º, II), pois, o art. 61, § 1º, II, *a*, inserindo na iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo o aumento da remuneração, essa prerrogativa merece ser adstrita aos empregos públicos da Administração centralizada e autárquica. É, ademais, incompatível com a Administração Pública (salvo as empresas estatais) o exercício do direito de liberdade de negociação salarial que é próprio do regime trabalhista³¹.

²⁹ RTJ 149/139, RTJ 146/139.

³⁰ “EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I – Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II – Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV – Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho” (STF, RE 589.998-PI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20-03-2013, m.v., DJe 12-09-2013).

³¹ Tanto que a Súmula 679 do Supremo Tribunal Federal enuncia que “a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.

Portanto é devida uma distinção precisa a partir da compreensão global da natureza das atividades de uma posição e de um órgão ou entidade da Administração, porque não se trata de uma opção exclusivamente política.

As regras de acesso a cargos públicos mediante aprovação em concurso público e de estabilidade dos servidores públicos são vetores daquilo que foi denominado por Sabino Cassese como *processo di depersonalizzazione del potere pubblico*³². A expansão da primeira dessas regras na Constituição de 1988, sobretudo por sua direção também às empresas estatais e pela extinção da denominada primeira investidura, entre outras razões, não permite identificá-la, atualmente, como pressuposto do regime estatutário, conquanto coíba vetustas práticas patrimonialistas (clientelismo). Mas a segunda é fundamental por sua hábil serventia como a blindagem em face de pressões políticas ou econômicas. Se ambas convergem para a impessoalidade da função pública *lato sensu*, a adoção de determinado regime jurídico para disciplina de cargo ou emprego públicos atende à análise da sua própria natureza. Desta maneira, postos que detenham a imprescindibilidade de requisitos e garantias especiais (estabilidade, irredutibilidade remuneratória etc.) porque desempenham funções de natureza pública típica e indelegável, que substanciam o regime jurídico-administrativo (verticalidade e desigualdade jurídica) dos entes ou órgãos (com personalidade jurídica e regime jurídico ambos de direito público) que integram, têm a necessidade de prerrogativas extravagantes (do direito comum) para a prática de seus atos. Estabelecida esta premissa é, em tese, permitido salientar que em um determinado órgão ou entidade da Administração haverá posições dependentes do regime estatutário³³ ou do regime celetista (ou de outro qualquer porventura concebido). Fora do regime estatutário, decerto, se aninharão aquelas cujos atos não carecem regime jurídico público (presunção de legitimidade, autoexecutoriedade, fé pública etc.) nem o desempenho da função prescindia de garantia especial e reforçada.

Logo, não é somente a própria Constituição que subtrai parcelas ou segmentos dos agentes públicos do regime jurídico único, porque ela contempla regimes estatutários atomizados ou especiais (magistrados e membros do Ministério Público; atividades exclusivas de Estado etc.) e nem ela se inclina globalmente por essa ou aquela opção de regime, para não ser excessiva ou insuficiente em juízo de proporcionalidade ou conduzir a situações desarrazoadas. Portanto a questão não é meramente formal, de opção político-constitucional. É de índole material. A permissão da adoção do regime celetista não tem a potencialidade de nulificar a obrigatoriedade do regime jurídico estatutário quando isso se faça adequado, necessário e proporcional, ou seja, obrigatório para determinadas posições, do mesmo modo que a admissão do regime estatutário soa desarrazoada quando seja despicienda. Esse fio condutor, por exemplo, iluminou decisão monocrática, na Suprema Corte, que censurou o regime celetista nas agências reguladoras, que, como se sabe, desenvolvem a polícia administrativa sob regime jurídico público³⁴. Isto implica afirmar, conseqüentemente, que há uma tendência constitucional pelo regime estatutário cuja dimensão pode ter maior ou menor alcance (total ou parcial) – e que pode ser questionável se total –, pelo regime celetista obrigatoriamente para as empresas

³² CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. Milano: Garzanti, 2000. p. 263.

³³ Hely Lopes Meirelles defende, para esses servidores (referidos no art. 247) e para os investidos em cargos vitalícios (magistrados e membros do Tribunal de Contas e do Ministério Público), o regime jurídico estatutário peculiar ou especial (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 393).

³⁴ STF, ADI-MC 2.310-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 19-12-2000, DJ 01-02-2001, p. 5.

estatais em razão de sua personalidade jurídica de direito privado, e pelo regime celetista parcialmente na Administração direta, nas autarquias e fundações públicas em menor extensão decotadas as posições dependentes de predicados e regime extravagantes por sua natureza. É, destarte, difícil ou impossível cogitar a globalidade de regime jurídico único, o que não implica a admissão de, numa mesma esfera federada, multiplicidade de regime para posições com atribuições idênticas. Para isso vale a unicidade.

4. Regime jurídico constitucional e normas de reprodução obrigatória

Não obstante a previsão de regime jurídico no nível normativo infraconstitucional, é de se anotar que a própria Constituição contém série de normas adensadas nos arts. 37 a 41 que estruturam verdadeiro regime jurídico constitucional dos agentes públicos. Alhures denominadas normas constitucionais de observância obrigatória³⁵, elas são compostas de normas gerais e especiais, distinguindo-se pela universalidade ou peculiaridade de sua aplicação em relação às espécies de agentes públicos. Contém o mínimo denominador comum que alicerçam não só o regime jurídico constitucional dos agentes públicos como também informam a produção normativa infraconstitucional ulterior além de outras funções (derrogação, interpretação etc.).

A Constituição de 1988, seguindo o movimento das anteriores, tem pródiga e extensa disciplina do regime jurídico dos agentes públicos. Decerto uma razão para isso foi a superação da impossibilidade infraconstitucional de uma normativa geral e uniforme à vista do princípio federativo. A inscrição de normas de valor constitucional impõe sua observância por todas as unidades e orienta e conforma a normatividade infraconstitucional.

Digna de nota, ainda, é a expansão ou a contenção desse regime constitucional, pois a Seção I (Disposições Gerais) do Capítulo VII da Constituição Federal de 1988 estabelece o regramento aos servidores públicos *lato sensu* e aos agentes políticos (observada, neste último caso, a compatibilidade com a peculiaridade de seu regime constitucional) nos arts. 37 e 38; os arts. 39 a 41 destinam-se aos servidores públicos *stricto sensu*, ressalvadas disposições relacionadas às prescrições gerais do art. 37.

³⁵ Como deliberado pela Suprema Corte brasileira, “a autonomia conferida aos Estados pelo art. 25, *caput*, da Constituição Federal não tem o condão de afastar as normas constitucionais de observância obrigatória” (STF, ADI 291-MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 07-04-2010, m.v., DJe 10-09-2010).

São normas constitucionais de reprodução obrigatória³⁶ que limitam a autonomia dos entes federados à luz dos arts. 25, 29 e 32 da Constituição Federal, que se refere inclusive aos princípios (nela) estabelecidos³⁷.

5. Regime jurídico: reserva de lei, competência normativa e iniciativa legislativa

Observadas as linhas compulsórias do regime constitucional dos agentes públicos, sua disciplina normativa infraconstitucional deve atender ao requisito formal da reserva de lei, emanada do princípio de legalidade. Trata-se de lei em sentido formal, exigente da observância rígida do modo de produção dos atos legislativos: é a lei oriunda do Parlamento, construída segundo o devido processo legislativo. É opção constituinte brasileira a reserva de lei *ut* art. 61, § 1º, II, *c* e *f*, da Carta Magna promulgada em 1988. Sendo matéria do domínio da lei (arts. 37, I, II, V, IX, IX, X, § 7º, 39, §§ 4º a 6º, 40, 48, X e XV, 61, § 1º, II, Constituição Federal), em virtude do princípio da simetria das formas, sua alteração ou extinção (art. 48, X, Constituição) também depende de lei, salvo exceções expressas na Constituição.

O regime estatutário é, por essência, legal, assim como o dos servidores temporários. E não poderia ser diferente tendo em conta que é relação de sujeição especial de natureza unilateral, vertical e alterável *ad nutum*; o regime celetista é de natureza contratual, horizontal e bilateral, mas subordinado à legislação trabalhista, competindo ao ente federado sua adoção conforme a opção facultada — apenas sua adoção.

A competência legislativa pertence a cada um dos entes federados, considerado o princípio federativo. Assim, por exemplo, a Constituição Federal menciona aos servidores públicos no *caput* de seu art. 39. E não poderia ser diferente, porque a disciplina do regime jurídico de seus agentes é assunto elementar à autonomia. Entretanto ela não é absoluta;

³⁶ Há uma percuciente exploração da natureza e do alcance dessas normas em voto do Ministro Roberto Barroso, que assim expõe: “12. Como se sabe, a autonomia dos entes federativos (art. 18 da CRFB/1988) corresponde ao poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada um deles o poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração. Nesse sentido, o art. 25 da Constituição da República prevê que Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. 13. A vinculação das Cartas estaduais à Constituição da República determina que os Estados: (i) adotem as normas de observância obrigatória; (ii) optem pela previsão ou não de normas de reprodução facultativa; e (iii) não editem normas de reprodução proibida. Essas três implicações do dever de obediência à Constituição Federal obrigatória, permissão e proibição levaram a doutrina constitucional a procurar sistematizar as possibilidades e limites do poder constituinte estadual. [...] 14. A Constituição de 1988 traz no seu corpo um conjunto expressivo de normas que são de observância obrigatória pelos Estados membros. Tais disposições, referidas pela doutrina como normas centrais, podem ser expressas ou implícitas. Delas se extraem mandamentos ou proibições, vale dizer: elas limitam a capacidade de auto-organização dos Estados impondo ou interditando determinados arranjos institucionais” (STF, ADI 4.362-DF, Tribunal Pleno, 09-08-2017, m.v.).

³⁷ Segundo Raul Machado Horta, “outro grupo de normas centrais é o constituído pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal, que, a partir da Constituição Federal de 1946 (art. 18, passaram a limitar a autonomia constitucional do Estado-Membro, quer no exercício excepcional do poder constituinte auto-organizador, quer no exercício constante dos poderes reservados, obedecendo à regra de que aos Estados se reservam todos os poderes que implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados pela Constituição Federal. A identificação dos princípios estabelecidos reclama a interpretação do texto da Constituição Federal o seu conjunto, para reunir as regras dispersas que definam a origem, a causa, o começo, o germe, o elemento predominante da Constituição Federal. Os princípios estabelecidos se alojam nas normas constitucionais federais sobre repartição de competências, o sistema tributário, a organização dos Poderes, os direitos políticos, nacionalidade, os direitos e as garantias individuais, os direitos sociais, ordem econômica, a educação, a família e a cultura, afinal, na matéria dispersa no texto constitucional federal. A Constituição expansiva amplia e dilata o campo dessa pesquisa dos princípios estabelecidos, enquanto a Constituição não expansiva e breve contrai e reduz o campo dos princípios estabelecidos” (*Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 42).

é condicionada e limitada por normas constitucionais de observância ou reprodução obrigatória, como emana dos arts. 37 e 39 da Carta Magna. Os entes federados exercem sua autonomia dentro do espaço que lhes foi assinado e, sobretudo, sob as pautas de conformidade, compatibilidade e não contrariedade às prescrições constitucionais e, em algumas hipóteses, respeitando normas gerais infraconstitucionais que tangenciem o tema.

União, estados, Distrito Federal e municípios estabelecem seus respectivos regimes estatutários, verificando-se, nessa situação, seu mais amplo potencial de criatividade normativa, observados os limites já destacados. O mesmo se pode dizer do regime dos servidores temporários, de natureza administrativo-especial. Em ambos os casos, cuida-se de técnica de repartição horizontal de competências comuns. Diferentemente, a sede criadora do regime celetista é única porque compete exclusivamente à União legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, Constituição de 1988), o que torna o potencial criativo dos demais atores do pacto federativo assaz restrito, pois se vinculam às normas trabalhistas editadas sem qualquer possibilidade de inovação, considerada a técnica de repartição horizontal de competência exclusiva. Nem a União e tampouco estados, Distrito Federal e municípios criam o regime celetista de seus agentes, senão adotam a legislação trabalhista. Têm a possibilidade de legislar somente aquilo que é peculiar e necessário para se compatibilizar o emprego público à legislação laboral e que não foi tratado nesta legislação, o que não significa uma seara extensa para espelhar um verdadeiro regime estatutário. Se ao regime estatutário alguns direitos fundamentais sociais são estendidos (art. 39, § 3º, Constituição Federal), não é possível a extensão de peças do regime estatutário ao celetista, ressalvado aquilo que se apresenta nessa complexa percolação como fruto de parciais derrogações constitucionais (explícitas ou implícitas) ao regime privado.

Segundo o art. 61, § 1º, II, c e f da Constituição de 1988, a iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo, sem admissibilidade de convalidação das leis resultantes do procedimento constitucional da usurpação³⁸. A reserva subtrai a matéria da iniciativa comum ou concorrente, que é a regra. O Chefe do Poder Executivo detém a exclusividade da deflagração do processo legislativo em qualquer dimensão, isto é, abrange a íntegra ou parcela do regime jurídico dos agentes públicos. Normas básicas do processo legislativo federal são de aplicação simétrica e reprodução compulsória nos demais extratos federados. Bem por isso o Supremo Tribunal Federal assentou, em repercussão geral, que “é inconstitucional, por afrontar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município” (Tema 223). Esse entendimento é aplicável às Constituições dos Estados, expressões do poder constituinte decorrente, que devem respeito às normas de processo legislativo inscritas na Constituição da República. Exercida a iniciativa por quem a detém, emendas parlamentares são admissíveis desde que tenham relação de pertinência temática com o objeto específico da proposta ou não aumentem despesa.

A natureza da lei varia conforme o ambiente jurídico-federativo. Quando há reserva de lei complementar estabelecida na Constituição Federal, na Constituição Estadual ou na Lei Orgânica Municipal, ela deve ser observada, lembrando que as primeiras condicionam a última e a segunda também condiciona a primeira. No silêncio, o trato da matéria se situa na lei ordinária.

³⁸ RTJ 69/625, 103/36.

No caso de emenda constitucional, é impositiva a submissão aos limites materiais, formais e temporais fixados constitucionalmente, não sendo válida, no âmbito estadual (emenda à Constituição Estadual) e municipal (emenda à Lei Orgânica), sua intromissão no regime jurídico de servidores públicos à vista da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. Esse é o entendimento da Suprema Corte em expressivos julgamentos, assentando que “as normas de atribuição de iniciativa no processo legislativo previstas na Constituição Federal constituem cláusulas elementares de distribuição de poder no contexto da Federação, razão pela qual devem ser necessariamente observadas pelos Estados-membro, independentemente da espécie legislativa envolvida”³⁹, inclusive no poder constituinte decorrente estadual⁴⁰.

6. Regime jurídico dos servidores comissionados e temporários

O regime jurídico dos cargos de provimento em comissão só pode ser, na Administração centralizada, autárquica e fundacional, o estatutário. Tais postos são destinados a atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior em que haja a necessidade de relação especial de fidúcia para transmissão e controle de diretrizes políticas de governo. A admissão do regime celetista atenta contra a liberdade de exoneração⁴¹, consistente na cláusula *during good behaviour*, que lhe é elementar dada a natureza de sua investidura precária, tanto que a Lei nº 9.962, de 2000, exclui do regime celetista na União os cargos de provimento em comissão (art 1º, § 2º, I, b), uma vez que incluídos nos arts. 3º e 9º, II, da Lei nº 8.112/90. Neste sentido, já se decidiu que “a nomeação para cargo em comissão, por se tratar de relação jurídica própria de direito público estabelecida entre a Administração e o comissionado, é regulada pelo regime estatutário, ou seja, essa relação não tem natureza contratual, mas institucional, de modo que não se lhe aplicam as disposições pertinentes ao emprego público, subordinado, basicamente, ao regime celetista”⁴².

Pensamento oposto fornece, indiretamente, uma estabilidade impossível com a natureza da comissão na medida em que o regime celetista de vínculo reprime a dispensa imotivada do empregado pela imposição de ônus financeiro ao tomador de serviços – aviso prévio, multa rescisória, indenização e outros consectários de similar natureza. A isso se antagoniza a avaliação da dimensão do desprovimento do cargo comissionado como medida discricionária orientada pelos critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública. Portanto sua sujeição ao regime celetista tolhe a liberdade de exoneração reservada ao administrador público. O Supremo Tribunal Federal repudiou normas estaduais instituindo indenização pela exoneração de cargo de provimento em

³⁹ STF, ADI 5.087 MC-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, 27-08-2014, m.v., DJe 13-11-2014.

⁴⁰ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. CONCESSÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS A SERVIDORES PÚBLICOS. SIMETRIA. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. As regras de processo legislativo previstas na Carta Federal aplicam-se aos Estados-membros, inclusive para criar ou revisar as respectivas Constituições. Incidência do princípio da simetria a limitar o Poder Constituinte Estadual decorrente. 2. Compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis, lato sensu, que cuidem do regime jurídico e da remuneração dos servidores públicos (CF artigo 61, § 1º, II, “a” e “c” c/c artigos 2º e 25). Precedentes. Inconstitucionalidade do § 4º do artigo 28 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Ação procedente” (STF, ADI 1.353-RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, 20-03-2003, v.u., DJ 16-05-2003, p. 92).

⁴¹ Frequente confusão terminológica na prática administrativa impera entre os termos “exoneração” e “demissão”. Enquanto demissão é sanção (pena) pela prática de infração disciplinar ao servidor estável, exoneração tem outros significados, entre eles (a) desligamento voluntário de cargo público de provimento efetivo ou comissionado ou (b) dispensa *ex officio* de cargo público de provimento em comissão (pela intuitiva cessação da relação de confiança).

⁴² STJ, REsp 621.647-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, 21-03-2006, v.u., DJ 10-04-2006, p. 130.

comissão⁴³, timbrando que “a nomeação para os cargos em comissão é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração. A disposição que prevê o pagamento pelos cofres públicos de indenização compensatória aos ocupantes de cargos em comissão, sem outro vínculo com o serviço público, por ocasião da exoneração ou dispensa, restringe a possibilidade de livre exoneração, tal como prevista no art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal”⁴⁴. Por isso, a adoção do regime celetista para cargos comissionados viola a moralidade e a razoabilidade.

O regime jurídico da contratação temporária de pessoal é administrativo-especial, o que não deixa de ser um regime estatutário porque unilateral e legal, e especial porque ajustado à natureza temporária de vínculo⁴⁵. A Constituição, no art. 37, IX, não permite a adoção do regime celetista. A forma de vínculo (bilateral) não se confunde com sua natureza (unilateral legal). Aliás, a menção à lei específica contida na norma constitucional fundamenta a derrogação do direito laboral comum e do direito estatutário geral, e aponta para a necessidade de um regime jurídico administrativo especial, porque deve ser peculiar para orientação das relações jurídicas daí decorrentes. A contratação é apenas forma prevista para o vínculo, e não a essência ou o conteúdo do regime jurídico. Além disso, como a adoção do regime celetista na Administração Pública é excepcional, é mister a existência de expressa permissão constitucional, cuja ausência interpreta-se interdita. E, como a União é detentora exclusiva da competência legislativa em direito trabalhista (art. 22, I, Constituição), estados, Distrito Federal e municípios estariam impedidos da edição de suas respectivas leis específicas para admissão de contratação temporária, o que implicaria perda de suas autonomias constitucionalmente asseguradas, inclusive pelo art. 37, IX, da Carta Magna.

De qualquer maneira, a divergência a respeito foi superada pela jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, visualizando um regime jurídico administrativo especial⁴⁶. O regime jurídico administrativo especial, igualmente ao estatutário, é unilateral e legal, ou seja, fixado pelo Estado mediante lei. No âmbito da União, há um bloco de disposições normativas na Lei nº 8.745/93, que delineia o regime jurídico especial da contratação temporária sedimentada no art. 37, IX, da Constituição de 1988. Cada ente federado deve ter sua legislação respectiva.

7. Elementos essenciais do regime jurídico

São elementos essenciais do regime jurídico dos agentes públicos para além do acesso e desprovemento, das atribuições, do modo e forma de exercício, as normas que balizam os direitos (pecuniários ou não) e deveres (positivos e negativos) e a responsabilidade (administrativa, civil ou penal, em especial as infrações e sanções).

Nos regimes jurídicos legais, a regra é a alterabilidade. Sujeitos a vicissitudes, são abertos à modificação unilateral para atendimento ao princípio da eficiência ou de outros (interesse público, moralidade etc.), de tal sorte que não há direito adquirido a regime

⁴³ STF, ADI 182-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, 05-11-1997, v.u., DJ 05-12-1997, p. 63.902.

⁴⁴ STF, ADI 326-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, 13-10-1994, m.v., DJ 19-09-1997, p. 45.526.

⁴⁵ Baseado na pesquisa constante de livro de minha autoria (*Contratação por prazo determinado: comentários à Lei nº 8.745/93*. São Paulo: Atlas, 2015).

⁴⁶ RTJ 207/611; STF, RE 573.202-AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 21-08-2008, m.v., DJe 04-12-2008.

jurídico⁴⁷, salvo exceções (v.g., irredutibilidade remuneratória; proibição de transposição)⁴⁸. Portanto a tese predominante sumula que a segurança jurídica e a proteção ao direito adquirido não garantem aos servidores potencialmente afetados por alterações legislativas o direito à manutenção do regime anterior, desde que não haja ofensa à garantia da irredutibilidade de vencimentos⁴⁹. E, ademais, “o direito adquirido é inoponível à Constituição quando nela se encontra interditado, posto eclipsado em alegado regime jurídico imutável, mormente quando o regime jurídico que se pretende ver preservado não encontra guarida na Constituição Federal”⁵⁰.

Outra característica dos regimes legais é a extensão de normas constitucionais sociais do regime trabalhista geral ou comum, operada no art. 39, § 3º, da Constituição de 1988, aos direitos ali especificados de maneira taxativa.

7.1. Direitos

Em boa doutrina, indicam-se os seguintes direitos dos agentes públicos: (a) à função pública; (b) ao exercício; (c) fundados no exercício; (d) ao amparo social e à dignidade do *status*. O primeiro surge com a estabilidade ou a vitaliciedade, impedindo demissão discricionária ou imotivada; o segundo é o de prestar o serviço; o terceiro compreende aqueles que dependem do exercício como remuneração, contagem de tempo, férias, licenças etc.; o quarto reúne os inerentes à assistência, à previdência, à associação, à greve, à petição, à defesa⁵¹. Há também inclinações por sistematização dos direitos e vantagens, destacando aqueles de conteúdo econômico direto de outros com natureza diversa, como consta da Lei nº 8.112/90.

7.2. Deveres

É tradicional visualizar deveres que, conforme sua maior ou menor determinação subjetiva ou universalidade, são gerais, alcançando todos os agentes públicos, e outros, especiais, inerentes a determinados cargos ou carreiras⁵², e que, segundo a natureza da exteriorização da obrigação, são classificados em positivos e negativos (proibições)⁵³. Outra classificação agrupa os deveres como os relativos: (a) à presença (assiduidade, pontualidade, residência); (b) ao ambiente de trabalho (urbanidade, cooperação e solidariedade); (c) à pessoa e ao procedimento do servidor (traje conveniente, procedimento correto na vida

⁴⁷ RTJ 208/1254.

⁴⁸ Repercussão geral no Supremo Tribunal Federal assentou que “a ampliação de jornada de trabalho sem alteração da remuneração do servidor consiste em violação da regra constitucional da irredutibilidade de vencimentos” (Tema 514). A Súmula Vinculante 43 estampa que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

⁴⁹ STF, ADI 4.461-AC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, 11-11-2019, v.u., DJe 04-12-2019.

⁵⁰ STF, ADI 4.601-MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 25-10-2018, v.u., DJe 07-11-2018.

⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 315, n. 87.

⁵² CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 394, n. 354; MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1960. Tomo II, p. 390, n. 240. Ruy Cirne Lima se refere a deveres funcionais, impostos pelo direito dos serviços públicos, e profissionais, prescritos pela lei penal ou legislação estatutária: estes, inerentes a grande parte dos funcionários públicos (respeito à lei e à moral, obediência, segredo); aqueles, deveres técnicos, especiais a cada serviço público ou a cada gênero de atividade dentro do mesmo serviço (*Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 175-176).

⁵³ MASAGÃO, Mário. Op. Cit., p. 240, n. 390.

pública e privada, ordem nos assentamentos, lealdade); (d) à prestação do serviço em si (observância das normas legais e regulamentares, obediência, denúncia de irregularidades, diligência, sigilo, zelo pelo material)⁵⁴. Entre as proibições encontram-se as de acumulação de cargos, funções e empregos públicos, uso indigno do cargo, atividades empresariais incompatíveis, patrocínio de interesses privados, insubordinação, desídia, improbidade.

7.3. Responsabilidade

Os agentes públicos estão sujeitos à tríplex esfera de responsabilidade subjetiva: administrativa, civil e penal. A responsabilidade penal é sedimentada no Código Penal e nas leis penais extravagantes. A responsabilidade civil é (a) direta e pessoal por danos ao erário (arts. 122 e 124, Lei nº 8.112/90) e prática de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), ou lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (Lei n. 4.717/65); e (b) regressiva no caso de condenação do Estado à reparação de dano (ou assunção voluntária da obrigação) a terceiro desde que apurado dolo ou culpa do agente por ação ou omissão (art. 37, § 6º, Constituição Federal), conforme assentado em repercussão geral (Tema 940)⁵⁵. A responsabilidade administrativa deita raízes no poder disciplinar, tendo os seguintes requisitos: (a) a definição legal dos ilícitos administrativos (consistente na violação de deveres funcionais positivos ou negativos) e das sanções; (b) o delineamento do respectivo processo administrativo.

As infrações ou ilícitos administrativos se caracterizam pela ofensa aos deveres funcionais positivos ou negativos (proibições) catalogados em lei e pela específica previsão legal do ilícito administrativo. É plena exigibilidade da reserva de lei em sentido formal (legalidade absoluta ou estrita). As sanções, consequências das infrações, também demandam rígida observância de previsão legal, denotando reserva de lei em sentido formal (legalidade absoluta ou estrita). O processo administrativo deve se curvar ao *adjective due process of law* exigente de decisão motivada, proporcionalidade das sanções, defesa e instrução contraditória.

Em regra, prevalece a independência de instâncias, sendo a comunicação excepcional. A instância criminal não subordina a civil e a administrativa e vice-versa. Somente terá repercussão a decisão judicial absolutória fundada na negação do fato ou de sua autoria, que abranja todos os motivos determinantes do ato administrativo sancionador, ou reconheça excludentes de criminalidade, e de delitos cuja conduta não é descrita autonomamente no estatuto singular⁵⁶. Outros motivos, como a prescrição penal punitiva, não interferem, embora já se tenha decidido que o ilícito administrativo tem sua prescritibilidade pelo prazo previsto na legislação penal⁵⁷.

Dentre os ilícitos administrativos há o puro e o penal, subdividindo-se o primeiro em disciplinar e funcional. Há ilícito administrativo penal quando o fato também configura crime, inclusive nas hipóteses em que a lei não descreve de forma autônoma o ilícito, remetendo-a à tipificação penal (ilícito administrativo penal remissivo) e que,

⁵⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 60-72.

⁵⁵ “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

⁵⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Op Cit.*, p. 262.

⁵⁷ STJ, Rcl 611-DF, Corte Especial, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 18-10-2000, m.v., DJ 04-02-2002, p. 248.

sem embargo, se contrapõe à reprodução (total ou parcial) de delito pela lei administrativa (ilícito administrativo penal reprodutivo).

A doutrina observa que “se entende que, no caso de crime, cuja conduta não seja descrita autonomamente como falta disciplinar, não subsiste a demissão se o Judiciário não considerou crime a falta praticada”⁵⁸, traçando distinção que principia por identificar situações de comunicação obrigatória na

*hipótese do funcionário ser indiciado por crime sem que o respectivo diploma estatutário descreva autonomamente a conduta punível (Lei Federal nº 8.112/90, art. 132, I; Lei Estadual nº 10.261/68, art. 257, II; Lei Municipal nº 8.989/79, art. 189, II). [...] Recorde-se, no entanto, que o mesmo princípio não se aplica em relação a infrações que, embora constituam crime, estejam descritas autonomamente pelos diplomas estatutários, como condutas puníveis administrativamente (abandono de cargo, ofensas físicas em serviço, etc.). E que, além disso, a Administração não é obrigada a aguardar, em nenhum caso (veja-se, a propósito, recente decisão do STF, no MS 21.113, in RDA 183:94), a sentença penal para decidir o processo administrativo*⁵⁹.

Esse é o entendimento da jurisprudência⁶⁰.

Não há repercussão da sentença penal absolutória na instância administrativa quando o fato não constitua infração penal. Portanto não se impede a punição disciplinar⁶¹ por força da falta residual. Desta compreensão, todavia, excetua-se o ilícito administrativo penal remissivo ao tipo penal. Neste caso, há comunicação porque foi pronunciado que o fato não constitui crime. Diferentemente, na hipótese de ilícito administrativo penal reprodutivo, não há influência da absolvição judicial.

8. Remuneração

Remuneração em gênero é a contraprestação pecuniária pelo exercício de cargo, função ou emprego público, abrangendo as espécies de (a) vencimentos (servidores públicos em sentido estrito); (b) salários (empregados públicos); (c) soldos (militares); (d) subsídios (agentes políticos, servidores policiais e, facultativamente, servidores públicos organizados em carreira) – e que não se confundem com proventos (benefício previdenciário ao inativo) e pensões (benefício previdenciário aos dependentes de servidor morto).

A Constituição contém uma rede (amiúde confusa) de normas sobre o tema (modificada em variadas oportunidades), de observância obrigatória para todos os níveis federativos,

⁵⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op Cit., p. 253.

⁵⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. Cit., p. 258.

⁶⁰ STF, MS 21.310-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 25-11-1993, v.u., DJ 11-03-1994, p. 4.096; STF, MS 21.708-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Mauricio Corrêa, 09-11-2000, m.v., DJ 18-05-2001, p. 434; STF, MS 21.332-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, 27-11-1992, v.u., DJ 07-05-1993, p. 8.328; STF, MS 21.294-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 23-10-1991, m.v., DJ 21-09-2001, p. 42; RTJ 141/364.

⁶¹ STJ, REsp 1.012.647-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 23-11-2010, v.u., DJe 03-12-2010; STJ, MS 7.861-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, 11-09-2002, v.u., DJ 07-10-2002, p. 169; STJ, MS 6.959-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, 24-03-2004, v.u., DJ 03-05-2004, p. 92; STJ, MS 8.998-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, 12-11-2003, v.u., DJ 09-12-2003, p. 207; STF, MS 23.242-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 10-04-2002, v.u., DJ 17-05-2002, p. 59, RTJ 191/151.

aplicáveis na Administração centralizada ou descentralizada. Eis algumas: (a) a remuneração depende de lei em sentido formal, sendo essencial que ela fixe os elementos constitutivos (valor, pressuposto fático, beneficiários etc.); (b) a revisão geral anual, igualmente necessita de lei, estabelecendo periodicidade e índices, sabendo-se que ela não estorva revalorizações ou reestruturações com aumentos diferenciados desde que descontados da revisão geral, bem como que não se aplica aos agentes políticos eletivos ou comissionados em escalão superior porque adstrita a funções profissionais; (c) a irreduzibilidade tem exceções enumeradas, convindo obtemperar o pressuposto indispensável da legalidade, pois “não há direito adquirido contra disposição normativa inscrita no texto da Constituição, eis que situações inconstitucionais, por desprovidas de validade jurídica, não podem justificar o reconhecimento de quaisquer direitos”⁶², de maneira que não há espaço para arguição de irreduzibilidade, direito adquirido, incorporação ao patrimônio ou caráter alimentar decorrente da fixação ilegítima da remuneração⁶³; (d) o limite máximo (teto) exclui salários nas empresas estatais não dependentes e, em geral, vantagens de natureza indenizatória, e comporta, na medida do art. 37, XI, da Constituição Federal, subtelos com exclusão das funções essenciais à justiça; (e) o vencimento (padrão ou referência) da remuneração de servidores do Poder Executivo é outro limite aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário com funções iguais ou assemelhadas; (f) a proibição de acumulação remunerada de cargos, funções e empregos públicos tem sede exclusivamente constitucional, daí decorrendo a interpretação de direito estrito de suas exceções observada a seguinte ordem de fatores (que não pode ser invertida): as hipóteses expressamente previstas condicionadas à compatibilidade de horários, porque a regra é a vedação de acumulação remunerada; (g) a observância das normas constitucionais (art. 169, Constituição) e infraconstitucionais (Lei Complementar n. 101/00) de responsabilidade fiscal que fixam limites de despesas com pessoal.

As questões mais agudas e sensíveis se situam no domínio das vantagens pecuniárias, considerando-se inúmeros fatores como a fertilidade legislativa, a concessão de aumentos disfarçados, a irresponsabilidade fiscal nas despesas com pessoal, entre outros. Lamentavelmente, à margem dos parâmetros do § 1º do art. 39 da Constituição de 1988, impera nesse quadrante a proliferação imoral e desarrazoada de autênticas liberalidades com o dinheiro público, a distribuição desmesurada de mordomias, o desperdício e a ausência de parcimônia na gestão do erário.

Vantagens pecuniárias são acréscimos permanentes ou efêmeros ao vencimento dos servidores públicos. Não há unidade de terminologia nas legislações, mas elas podem ser classificadas em (a) adicionais, (b) gratificações, e (c) indenizações; em linhas gerais, têm natureza remuneratória ou indenizatória.

Intensa e séria preocupação paira em torno de sua incorporação aos vencimentos: se ele é exigente de lei, nem sempre a lei a admite com observância de princípios como moralidade, proporcionalidade, razoabilidade etc., sendo certo, todavia, que, na ausência de previsão legal, não há direito à incorporação. A Emenda Constitucional nº 103, de 2019, inseriu limite na Constituição, anunciando, no § 9º do art. 39, que “é vedada a incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função

⁶² RTJ 209/347.

⁶³ STF, MS 23.996-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 18-03-2002, v.u., DJ 12-04-2002, p. 55; MS 33.432-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, 15-08-2017, v.u., DJe 28-08-2017; MS 27.935 AgR-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, 21-08-2017, v.u., DJe 20-09-2017.

de confiança ou de cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo”. Realmente, é um *nonsense* a incorporação de vantagens sazonais se cessada a causa de sua percepção, além de afrontar a economicidade.

Se o subsídio é definido como regime remuneratório de unidade – a expressão “parcela única” é paradoxal – o regime de vencimentos é composto do vencimento (padrão ou referência) e das vantagens. A literatura geralmente classifica as vantagens por conta dos seguintes critérios: (a) decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*); (b) desempenho de funções especiais (*ex facto officii*); (c) condições anormais de realização do serviço (*propter laborem*); (d) condições pessoais do servidor (*propter personam*). As duas primeiras, denomina adicionais de vencimento e de função, e às duas últimas, gratificações de serviço e pessoais. Também se refere a vantagens gerais e pessoais (subjetivas e objetivas), simples ou condicionais (ou modais). E, assim, vantagens *pro labore facto* são incorporáveis, ao passo que as demais, sendo condicionais, são *pro labore faciendo*, devendo ser extintas quando cessado o motivo que as justifica⁶⁴. Adicionais são melhorias de retribuição pecuniária por tempo de serviço ou funções especiais, enquanto gratificações são compensações por serviços comuns em condições anormais ou ajudas pessoais⁶⁵.

Algumas dessas vantagens pecuniárias merecem reflexão. Adicional de tempo integral é concedido em razão da exclusividade do exercício do cargo público, impedindo outra atividade profissional pública ou privada, enquanto o adicional de dedicação plena se impõe a exclusividade não interdita o desempenho de atividade diversa no setor público ou privado⁶⁶. O adicional de nível universitário não pode ser outorgado indiscriminadamente aos servidores públicos apenas porque sejam portadores de habilitação em curso superior. Sua concessão é vedada (a) aos servidores públicos cujo requisito de habilitação no cargo público seja o grau superior, e (b) aos servidores públicos cuja graduação em nível superior não tenha aderência com as atribuições do cargo. No primeiro caso, evita-se a duplicidade de retribuição; no segundo, a falta de utilidade para o interesse público. Gratificações como as de insalubridade ou periculosidade só são devidas em razão do motivo que as justifica, cessando quando deixa de existir⁶⁷. Auxílio-alimentação só tem cabimento no exercício do cargo, não podendo ser concedida a inativos (Súmula Vinculante 55) nem àqueles afastados do exercício, porque tem natureza indenizatória. A Administração Pública brasileira tem exibido sinais de prodigalidade na outorga de vantagens pecuniárias que não atendem o interesse público nem a necessidade do serviço, beneficiando exclusivamente interesses corporativos ou políticos, como se nota nos casos de décimo-quarto salário, extensão de auxílio-moradia ou auxílio-alimentação a inativos, abono (ou gratificação) natalício (que não se confunde com a gratificação natalina, décimo-terceiro salário, pois é um presente ao aniversário do servidor público),

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 492-495.

⁶⁵ Agrega-se, a partir de uma distinção mais aprofundada, que “a gratificação é uma vantagem relacionada a circunstâncias subjetivas do servidor, enquanto o adicional se vincula a circunstâncias objetivas. [...] dois servidores que desempenhem um mesmo cargo farão jus a adicionais idênticos. Já as gratificações serão a eles concedidas em vista das características individuais de cada um. No entanto, é evidente que tais gratificações se sujeitam ao princípio da isonomia, de modo a que dois servidores que apresentem idênticas circunstâncias objetivas farão jus a benefícios iguais” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 761).

⁶⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 230-231.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 232; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 457-458.

salário-cônjuge, pensão a ex-agentes políticos ou seus dependentes⁶⁸. Não raro, gratificações são instituídas em virtude do ordinário desempenho das funções do cargo ou do mero cumprimento dos deveres funcionais (gratificação por assiduidade, por eficiência etc.)⁶⁹, o que é impossível com o regime jurídico público e seus princípios, pois, em suma, a remuneração já os retribui. E, ademais, o próprio regime de subsídio admite vantagens remuneratórias como a gratificação pelo exercício de função de assessoramento, chefia ou direção, desde que não excedentes ao teto.

9. Conclusões

O regime jurídico dos agentes públicos, de *status* constitucional e infraconstitucional, abrange a disciplina das relações entre Estado e pessoas físicas ocupantes, a qualquer título, de posições na Administração Pública, não podendo se reduzir ao regime jurídico dos servidores públicos, espécie de agentes públicos ao lado dos agentes políticos, dos servidores públicos, dos militares e dos agentes honoríficos. Define-se regime jurídico como o conjunto de normas que regulam essa relação jurídica, estabelecendo, entre outros, direitos, deveres, responsabilidades e aposentadoria.

A Constituição de 1988 fornece a concepção de um regime geral como mínimo denominador comum a todas as espécies de agentes públicos e de regimes especiais para cada uma delas. Em atenção ao princípio federativo, cada unidade é portadora de autonomia para construção de seus respectivos regimes jurídicos mediante lei, respeitando as normas constitucionais centrais de observância compulsória.

A escolha do regime jurídico não pode se dirigir a situações pretéritas sob pena de resultados inconstitucionais. Além disso, deve destinar identidade de tratamento a postos iguais no âmbito da mesma pessoa jurídica da Administração Pública, evitando a multiplicidade de regimes.

Há, na conformidade da Constituição, reserva de regime estatutário a certos postos em razão de sua natureza, de seus requisitos ou de suas garantias, e abertura ao regime trabalhista para postos que não requeiram regime jurídico público ou localizados em empresas estatais. A remuneração, como integrante desse regime, não pode desprezar as normas constitucionais, inclusive os princípios jurídicos de direito público que inibem o malbaratamento das forças do erário.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁶⁸ STF, ADI 4.601-MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 25-10-2018, v.u., DJe 07-11-2018; ADI 3.418-MA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, 20-09-2018, v.u., DJe 04-12-2018; ADI 4.552-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 01-08-2018, v.u., DJe 14-02-2019.

⁶⁹ STF, ARE 1.240.265-SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 12-11-2019, DJe 20-11-2019.

- CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. Milano: Garzanti, 2000.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MACIEL, Carlos Henrique. *Curso Objetivo de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.
- _____. *Contratação por prazo determinado: comentários à Lei nº 8.745/93*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1960. Tomo II.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomo VI.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.